Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Krause

Referendar in Zwickau.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Hauptteil.

A. Der zugrunde liegende Handelskauf.

§ 2. 1. Der Begriff des Handelskaufs und die ihm hinsichtlich der Gewährleistungspflicht gleichgestellten Verträge 5

§ 3. 2. Das obligatorische Geschäft und das Vollzugsgeschäft beim Handelskauf 14

§ 4. 3. Das Vollzugsgeschäft im einzelnen. Die Begriffe Übergabe, Ablieferung, Abnahme und Annahme. Gefahrübergang und Eigentumsübergang 21

§ 5. B. Die Mängel, für die der Verkäufer nach den Sondervorschriften des Handelsrechts Gewähr zu leisten hat . . . 30

C. Die Untersuchung und Anzeigepflicht des Verkäufers.

§ 6. 1. Allgemeines 38

§ 7. 2. Die Untersuchung 42

§ 8. 3. Die Mängelanzeige 49

§ 9. Schluß 58

Literaturverzeichnis.

Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Abgeschlossen am 1. April 1907. Berlin 1907.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes.

Dernburg, Das bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens. 3. Aufl. Halle 1906.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung. Herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Mannheim 1905.

Endemann, HGB. = Endemann, Handbuch des Handelsrechts. 1881, 1882.

Endemann, BGB. = Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl.

Goldschmidt, Zeitschr. = Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

v. Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Jena 1901.

JurW. = Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltvereins, herausgegeben von Dr. H. Neumann.

Lehmann, Karl, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1907.

Oertmann, Kommentar zum 2. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.

Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1907.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. München 1907—1909.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Stübel, Die Mängelanzeige im Handelsverkehr. Von Assessor Dr. Stübel. Im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10 S. 405—456.

Einleitung.[1]

§ 1.

Der Kauf ist neben dem Tausch geschichtlich und begrifflich der Ausgangspunkt für allen Handel und für alles Handelsrecht.

Handelsrecht ist das auf den Handel bezügliche Recht. Aller Handel dient dem Umsatz von Gütern. Das Hauptumsatzgeschäft war von jeher und ist noch heute neben dem Tausch, aus dem er geschichtlich entstanden ist, der Kauf. Seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach ist er der Vertrag, der gerichtet ist auf Umsatz von Gütern gegen Geld. An ihn, an den Güterumsatz als den Endzweck allen Handels, haben sich die Hilfstätigkeiten des Handelsverkehrs angeschlossen: die Transportgeschäfte des Spediteurs und Frachtführers, die Vermittlungsgeschäfte des Mäklers, die Geschäfte des Kommissionärs, die Geldvermittlung des Bankiers u. a.; dem Güterumsatz dienen in letzter Linie die Kapitalanhäufungen in Gesellschaften, die Vereinigungen in Kartellen und Trusts.

Wenn auch mithin der Kauf im Mittelpunkt allen

---

[1]) vgl. Lehmann S. 5ff.; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 1; Dernburg Bd. 2, 2 S. 4.

Handels steht, so finden wir in unserem jetzigen Handelsrecht doch nur wenige Vorschriften über den Kauf.

Vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs allerdings waren die Handelskäufe — wie die Rechtsverhältnisse unseres Handels überhaupt — vorzugsweise im allgem. deutschen Handelsgesetzbuch geregelt.[2]) Daneben bestand noch ein zweites Recht im bürgerlichen Recht für Nichthandelskäufe. Die Übelstände, die dieses Nebeneinanderbestehen eines handelsrechtlichen und bürgerlichen Rechts für den Kauf mit sich brachte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch mit seinem Inkrafttreten am 1. 1. 1900 beseitigt, indem es viele im Handel bewährte Vorschriften für den gesamten bürgerlichen Verkehr übernommen hat.

Seitdem gibt es im Handelsrecht nur noch wenige Sonderrechtssätze für den Kauf, der sich als Handelskauf darstellt. Diese Sonderrechtssätze entsprechen der Eigenart des Handels. Gemäß § 2 EG. z. HGB. gehen sie als Spezialgesetz dem Bürgerlichen Gesetzbuch vor, und nur ergänzend gilt bürgerliches Recht. Jedoch da das Handelsrecht eben nur wenige Sonderschriften für ihn hat, untersteht auch der Handelskauf im wesentlichen dem allgemeinen bürgerlichen Recht.

Unter den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, die den Handelskauf betreffen, regeln einige auch die Gewährleistung des Verkäufers beim Handelskauf abweichend

---

[2]) vgl. Art. 271 ff. über Handelsgeschäfte im allgemeinen und 337 ff.

vom Bürgerlichen Gesetzbuch. Vor allem ist der Unterschied in § 377 enthalten. Dieser lautet:

> Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.
>
> Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.
>
> Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; andernfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.
>
> Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.
>
> Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

Das Handelsgesetzbuch hat keine Sondervorschriften für das Zustandekommen, den Vollzug des Handelskaufes und den wesentlichen Inhalt der Gewährleistungspflicht, sondern — wie sich aus § 377 ergibt — es stellt nur unter gewissen Voraussetzungen abweichend vom Bürgerlichen Gesetzbuch eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers auf.

Für unsere Ausführungen über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf ist es nun zunächst wesentlich, im ersten Teil die ihr zugrunde liegende Rechtslage darzustellen: den Begriff des Handelskaufes, seine Entstehung und seinen Vollzug. Im Anschluß an den Begriff soll ein Überblick über die dem Handelskauf hinsichtlich der Gewährleistungspflicht gleichgestellten Verträge gegeben werden.

Hauptteil.

Der zugrunde liegende Handelskauf.

§ 2.

1. Der Begriff des Handelskaufes und die ihm hinsichtlich der Gewährleistungspflicht gleichgestellten Verträge.

Handelskauf ist jeder handelsgeschäftliche Kauf von Waren und Wertpapieren (§ 381 Abs. 1 HGB.).[1] Während der Kauf des bürgerlichen Rechts zum Gegenstand hat Sachen (Mobilien und Immobilien) und Rechte (§ 433 BGB.), ist Handelskauf nur der Kauf, der auf den Umsatz von Waren und Wertpapieren gerichtet und Handelsgeschäft ist.

Handelsgeschäftseigenschaft kommt einem Kauf zu, wenn ein Teil der Vertragschließenden Kaufmann ist und der Kauf entweder zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört (§ 343 Abs. 1 HGB.) oder auch im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, z. B. im Betriebe seines Transportgewerbes, geschlossen wird (§ 343 Abs. 2 HGB.). Sofern nur der Kauf, den ein Kaufmann abschließt, nicht offensichtlich

[1] Staub Bd. 2 S. 1437.

keine Beziehung zu seinem Handelsbetrieb hat (wie bei Anschaffung für den häuslichen Bedarf), gilt er bis zum Gegenbeweis als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig und damit als Handelskauf (§ 344 Abs. 1 HBB.). Dabei ist es gleichgültig, ob der Kaufmann ohne Rücksicht darauf, ob er in das Handelsregister eingetragen ist oder nicht, auf Grund des Betriebes eines der in § 1 HGB. aufgezählten Handelsgewerbe Kaufmann ist, ob er kraft Eintragung erst Kaufmann geworden (§§ 2, 3 HGB.) oder gar nur ein „Scheinkaufmann" ist, d. h. ein Gewerbetreibender, der nur zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen ist, um deswillen aber im Handelsverkehr als Kaufmann gilt (§ 5 HGB.). Unwesentlich für den Begriff des Handelskaufs ist es auch, ob ein Voll- oder Minderkaufmann (§ 4 HGB.) den Kauf abschließt (arg. e § 351 HGB.).

Nicht jeder Kauf aber, der Handelsgeschäft ist, ist damit auch Handelskauf. Zum Begriffe des Handelskaufs gehört, daß die Leistung des Verkäufers bestehen muß in Waren oder Wertpapieren.

Was sind Waren?

Waren sind bewegliche Sachen jeder Art in ihrer Eigenschaft als mögliche Gegenstände des Handelsverkehrs.[2])

Für den Begriff der Ware ist wesentlich, daß es sich

---

[2]) Makower Bd. 1 S. 21d; Dernburg Bd. 2, 2 S. 7 IV; Denkschr. S. 13; RG. Bd. 26 S. 43 ff.

handeln muß um bewegliche Sachen (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB.), und als solche kommen, wie im jetzigen Recht ausdrücklich bestimmt ist, nur körperliche Gegenstände in Betracht (§ 90 BGB.). Allerdings ist allgemein anerkannt,[3]) daß künftige Mobilien, wenn sie um der Veräußerung willen beweglich gemacht werden — Früchte auf dem Halm, Holz auf dem Stamm, Häuser auf Abbruch (s. §§ 93, 94 BGB.) — als Waren zu betrachten sind. Bei Anwendung der Vorschriften über den Handelskauf muß man in solchen Fällen aber immer zusehen, ob sich das Geschäft nicht auf das Grundstück selbst bezieht, denn Kauf oder Pacht eines Grundstücks, die die Anschaffung der Früchte, des Holzes, der Ziegel bezwecken, können nie Handelskauf sein.[4])

Als bewegliche Sachen sind alte und neue, vertretbare und nicht vertretbare, verbrauchbare und nicht verbrauchbare, der Gattung oder der Spezies nach bestimmte Sachen sowie Erzeugnisse jeder Art als Waren gleichwertig nebeneinander gestellt. Jedoch ist der Begriff der „beweglichen Sache" dem der „Ware" übergeordnet. Bewegliche Sachen sind Waren nur in ihrer Eigenschaft als mögliche Gegenstände des Handelsverkehrs. Sachen, denen durch ihre natürliche Beschaffenheit oder durch

---

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 3f.; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 19; Lehmann S. 71; Staub Bd. 1 S. 40.

[4]) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 19; RG. Bd. 6 S. 9; RG. in Straff. Bd. 13 S. 439.

die Rechtsordnung die Umsatzfähigkeit entzogen ist, können nicht Waren sein.

Von den Waren schließt das Gesetz selbst die Wertpapiere aus. Trotzdem auch diese uns als bewegliche Gegenstände körperlich entgegentreten und ebenfalls vielfach Gegenstand des Handelsverkehrs sind, erwähnt sie das Gesetz besonders oder stellt sie in Gegensatz zu den Sachen bezw. den Waren.[5]) Nur ausnahmsweise (§§ 360, 362 Abs. 2 HGB.) deckt das Wort „Ware" auch die Wertpapiere.

Wertpapiere sind diejenigen Urkunden, deren Besitz für die Ausübung und Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts unentbehrlich ist.[6])

Das Wertpapier hat eine Doppelnatur. Es ist teils Recht, teils Sache. Das eigentümliche Verhältnis, in dem das Recht, über welches das Papier lautet, zu der Sache, der Urkunde, steht, bestimmt den Begriff des Wertpapiers: es ist die Verwertung (Ausübung und Übertragung) des in dem Papier verbrieften Rechts durch die Innehabung der Urkunde bedingt. Diese „Verkörperung" des Rechts in der Sache macht das an und für sich bedeutungslose

---

[5]) vgl. §§ 1 Abs. 2 Nr. 1, 93 Abs. 1, 94 Abs. 1, 261 Nr. 1, 381, 383, 400.

[6]) vgl. zu dem Begriff des Wertpapiers Brunner in Endemann, HGB. Bd. 2 S. 140 ff.; Jacobi S. 20 ff.; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 20; Makower Bd. 1 S. 24e, 455.

Papier erst zu einem selbständigen Vermögenswert. In der Erkenntnis der Doppelnatur aber beruht gerade die Unterscheidung zwischen Wertpapier und Sache bezw. Ware.

Nicht ist dem Begriffe des Wertpapieres wesentlich der Verkehrszweck, die „erleichterte Übertragbarkeit".[7]) Aber wie für die bewegliche Sache als „Ware" fordert man für das Wertpapier, wenn es Gegenstand des Handelskaufes sein soll, ebenfalls, daß es seiner Natur nach Objekt des Handelsverkehrs sein könne; man verlangt von ihm im Anschluß an die Handelspapiere des früheren Rechtes eine ihm von vornherein innewohnende Geeignetheit für den Handelsverkehr.[8]) Vor allem nimmt man wegen der ihr eigenen besonderen Erschwerung der Übertragbarkeit die vinkulierte Namensaktie aus.

Aus dem festgestellten Begriff ergibt sich, daß der Begriff des Handelskaufes bedeutend enger ist als der des bürgerlichen Kaufes. Rein nach bürgerlichem Recht sind demnach zu beurteilen: der Kauf eines Grundstücks, einer nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung oder eines solchen Rechts, eines Nachlasses, einer Erbschaft (§§ 313, 433, 312, 2371 BGB.); sie können wohl Handelsgeschäft, nicht aber Handelskauf sein.

Andrerseits gibt es im Leben viele Geschäfte, die

---

[7]) Denkschr. S. 13; Brunner a. a. O. S. 148.

[8]) Über Handelspapiere Jacobi S. 8ff.; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 115; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 20.

von den Parteien als Käufe gewollt sind, aber nicht einmal unter den Begriff des bürgerlichen Kaufes fallen, da weder Sache noch Recht Kaufgegenstand ist. So spricht man von „Kauf“ einer nicht patentierten Erfindung, eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses, einer Praxis, einer Kundschaft, ferner auch von Kauf eines Handelsgeschäftes.

Kann man auf diese Geschäfte, insbesondere auf den Kauf eines Handelsgeschäfts, die Vorschriften über den Kauf des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 433 ff. BGB.) und, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, die Sondervorschriften des Handelsgesetzbuches (§§ 373—381 HGB.) anwenden? Keinesfalls ist eine unmittelbare Anwendung möglich. Sofern es aber dem Willen der Parteien, der ja hauptsächlich maßgebend ist (§ 157 BGB.), entspricht, sind die Rechtssätze im Wege der Rechtsanalogie entsprechend anwendbar,[9]) natürlich soweit sie auf diese Geschäfte passen. Durch Literatur und Rechtsprechung ist vor allem anerkannt, daß auf den Kauf eines Handelsgeschäftes einmal die Vorschriften des bürgerlichen Rechts und, wenn die Kontrahenten beiderseits Kaufleute sind, mit den handelsrechtlichen Sondervorschriften auch die des § 377 analog zu verwerten sind, so daß der Kauf eines Handelsgeschäftes „als echter Handelskauf zu behandeln ist, ohne daß der Nachdruck

---

[9]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 5; Dernburg Bd. 2, 2 S. 6; Planck Bd. 2 S. 330.

auf das etwa mitverkaufte Warenlager oder Inventar zu legen wäre".[10])

Schon nach bürgerlichem Recht gelten die Vorschriften über den Kauf entsprechend für den Tausch (§ 515 BGB.). So sind auch die handelsrechtlichen Sondervorschriften auf ihn analog anwendbar, wenn der Tausch für einen Teil der Vertragschließenden Handelsgeschäft und Gegenstand des Austausches auf beiden Seiten Waren oder Wertpapiere sind (Handelstausch).[11])

Ebenso dehnt das Bürgerliche Gesetzbuch seine Vorschriften über den Kauf in direkter Anwendung aus auf den Werklieferungsvertrag, der vertretbare Sachen zum Gegenstand hat (§ 651 Satz 1 u. 2 BGB.). Sofern die herzustellende Sache eine Ware und ein Vertragsteil Kaufmann ist, finden die §§ 373—381 HGB. nicht nur auf diesen Werklieferungsvertrag Anwendung, sondern auch auf den, der eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstand hat (§ 381 Abs. 2 HGB.). In letztem Falle kommen dann grundsätzlich die Regeln über den Kauf nach bürgerlichem Recht, aber nach den für den Werkvertrag geltenden Regeln abgeändert (§ 651 Abs. 1 Satz 2 BGB.), und außer diesen gemischten Vorschriften die der §§ 373 ff. HGB. in Betracht (§ 381 Abs. 2 HGB.).

Dagegen finden auf den reinen Werkvertrag

---

[10]) Staub Bd. 2 S. 1437; Lehmann S. 110; RG. in JurW. 1906 S. 305 Nr. 11, 1902 S. 145 Nr. 77; RG. Bd. 63 S. 57.

[11]) Staub Bd. 2 S. 1436.

lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung. Untersuchung und Mängelanzeige nach Maßgabe des § 377 HGB. kann freilich auch hier nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen erforderlich sein (§ 346 HGB.).[12])

Da die Sonderregeln über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf in letzter Linie beruhen auf dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Schutz und schneller Abwicklung des Warenumsatzes, ist bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen, und soweit sie auf den anders gearteten rechtlichen Tatbestand passen, m. E. eine entsprechende Anwendung überhaupt überall da gegeben, wo der Umsatz von Waren oder Wertpapieren auf anderem Wege als durch Kauf erreicht werden soll und jenes Bedürfnis vorliegt: so unter Umständen bei Hingabe an Erfüllungsstatt, bei einem Vergleich, der auf entgeltliche Veräußerung einer Sache gerichtet ist, bei Verträgen, die auf die Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind (vgl. §§ 445, 493 BGB.).[13])

Zufolge § 391 HGB. ist für den Fall der Einkaufskommission hinsichtlich der Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär

---

[12]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 151.

[13]) Sehr weitgehend in analoger Anwendung Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 166 ff.; and. A. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 151; vgl. ferner Makower Bd. 2 S. 1139; RG. Bd. 54 S. 167.

von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, wenn sie beide Kaufleute sind, ihr Verhältnis entsprechend zu beurteilen wie das zwischen Verkäufer und Käufer beim Handelskauf (§§ 377—379 HGB.).

Die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gewährleistung bei Viehmängeln bleiben gemäß § 382 HGB. unberührt. Deshalb sind die Sondervorschriften des Handelsgesetzbuches auf den Viehkauf im einzelnen Falle nur insofern anwendbar, als er nicht durch die §§ 481—492 BGB. geregelt ist, also einmal, wenn es sich um den Viehhandel mit anderen als den dort aufgezählten Tieren handelt, andrerseits vor allem bei Lieferung einer größeren oder geringeren Menge oder Lieferung von anderen Tieren (§ 378 HGB.).

Für Anwendung der Sondervorschriften des § 377 auf den Handelskauf (und die ihm gleichgestellten Geschäfte, die im folgenden nicht mehr berücksichtigt werden sollen) ist es erforderlich, daß der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Wie aus dem bereits Erörterten hervorgeht, müssen also beide Kontrahenten Kaufleute sein, und für beide muß der Kauf zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehören. Ist der Kauf für einen oder beide Teile kein Handelsgeschäft, mithin einseitiger Handelskauf oder bürgerlicher Kauf, so gelten die Grundsätze des bürgerlichen Rechts und es besteht vor allem keine Verpflichtung zu unverzüglicher Untersuchung der Ware und zur Erstattung der Mängelanzeige. Auch eine analoge Anwendung unserer Vorschriften ist

ausgeschlossen, sie sind ausschließlich für den Verkehr unter Kaufleuten bestimmt.[14])

§ 3.

2. Das obligatorische Geschäft und das Vollzugsgeschäft beim Handelskauf.

Nach Feststellung des Begriffes ist es nun erforderlich, auf das rechtliche Wesen, Entstehung und Vollziehung des Handelskaufes einzugehen.

Wie jeder Kauf hat auch der Handelskauf einen doppelten rechtlichen Tatbestand.[1]) Nach der strengen Unterscheidung unseres Rechts zwischen obligatorischem und vollziehendem selbständigen Geschäft müssen wir bei jedem Kauf unterscheiden: den obligatorischen Vertrag und auf diesen in Vollziehung der entstandenen Verpflichtungen folgend das dingliche Rechtsgeschäft.

Mit „Kauf" bezeichnet man grundsätzlich den obligatorischen Vertrag. Zum Abschluß dieses Vertrages ist erforderlich, daß nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen die Willenseinigung zweier Parteien durch Antrag und Annahme vorhanden ist (§§ 145 ff. BGB.). Dazu gehört bei jedem Kauf vor allem die Einigung über die Kaufsache und den Preis,

---

[14]) Makower Bd. 2 S. 1244; RG. Bd. 49 S. 159 ff.

[1]) vgl. zum Folgenden Endemann, BGB. S. 571 u. 913; Staub Bd. 2 S. 1334; Düringer-Hachenburg S. 1 ff.; Oertmann S. 153.

doch kann auch dann noch eine Differenz über andere Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, das Zustandekommen des Kaufes hindern (§§ 154, 155 BGB.).

Kein Kaufvertrag ist abgeschlossen bei *Zusendung unbestellter Ware*, solange nicht der Käufer die Annahme zu erkennen gegeben hat. In der Zusendung liegt nur der Antrag, den obligatorischen Vertrag zu schließen, zugleich aber der Antrag zu dem dinglichen Vertrag, der Eigentumsübertragung (s. unten § 4). Dabei erfüllt der Zusendende seine künftigen, mit Zustandekommen des Vertrags erst entstehenden Verpflichtungen schon vorweg. Für den Empfänger jedoch, auch wenn beide Teile Kaufleute sind, kommt die Untersuchungs- und Anzeigepflicht erst dann zur Entstehung, wenn er sich über das Behalten der unbestellt zugesandten Ware schlüssig wird, die Annahme zu erkennen gibt und damit den verpflichtenden Kauf entstehen läßt.[2])

Zustande gekommen ist dagegen der Vertrag beim *Kauf auf Probe oder Besicht*, einem Kauf, bei dem die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers steht. Die Billigung ist im Zweifel als aufschiebende Bedingung für den Kauf zu betrachten, d. h. der Kauf ist vorhanden, aber er entfaltet seine Wirkungen erst mit der Billigung durch den Käufer (§§ 495 f., 158 BGB.). Erst dann zeigt sich beim beider-

---

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 8 f. u. 259.

seitigen Handelskauf für den Käufer die Verpflichtung zur Untersuchung und Mängelanzeige. Jedoch gilt beim Kauf auf Probe, wie im Handelsrecht das Unterlassen der Mängelanzeige gleich der Genehmigung wirkt, gemäß § 496 Satz 2 BGB. für den Fall, daß die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder Besichtigung übergeben war, schon sein Schweigen als Billigung der Kaufsache.[3])

Der Grundsatz der Formfreiheit der Verträge, den das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen befolgt, gilt gleichfalls für das Handelsrecht. Auch für den Handelskauf ist keine Form vom Gesetz vorgeschrieben. Die wenigen Ausnahmefälle des Kaufes, in denen er nach bürgerlichem Recht einer Form bedarf (§§ 311, 312 Abs. 2, 313, 3371 BGB.), kommen für den Handelskauf, wie sich aus dem festgestellten Begriff ergibt, nicht in Betracht. Auch macht es keine Ausnahme von der Regel, wenn bei dem Kauf von Wertpapieren diese durch Indossament übertragen werden, denn auch dann ist der Kaufvertrag formlos und nur die Übereignung, das Vollzugsgeschäft, geschieht in Form des Indossaments.[4])

Der rechtswirksam zustande gekommene Handelskauf erzeugt an sich keinerlei dingliche Wirkungen. Er ist kein

---

[3]) Über Kauf auf Probe Staub Bd. 2 S. 1700 ff. Anm. 12—23 zu § 382 HGB.

[4]) Staub Bd. 2 S. 1442 Nr. 18; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 15.

Verfügungsgeschäft, sondern nur auf Verfügung gerichtet und hat als gegenseitiger rein obligatorischer Vertrag lediglich verpflichtende Wirkung.

Aus ihm ergibt sich für den Verkäufer einer Ware die Verpflichtung, die Ware zu übergeben, das Eigentum an ihr zu verschaffen und für sie Gewähr zu leisten, für den Käufer die Pflicht, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die Ware abzunehmen (§ 433 BGB.). Nie erwirbt der Käufer infolge des obligatorischen Kaufvertrages Eigentum an der Ware. Dazu bedarf es, wie bei jedem rechtsgeschäftlichen dinglichen Erwerb, noch eines dinglichen Vertrages. Demnach tritt der von den Parteien beim Handelskauf erstrebte Enderfolg erst ein, wenn sie ihren Verpflichtungen aus dem obligatorischen Vertrag durch gegenseitige Übereignung von Ware und Geld — durch Übergabe und Einigung über den Eigentumsübergang (§ 929 BGB.) — nachkommen.

Dieser Unterschied zwischen obligatorischem und Vollzugsgeschäft ist nicht nur beim Kauf von Waren, sondern auch beim Kauf von Wertpapieren zu beobachten.

Gemäß der Doppelnatur des Wertpapieres entstehen beim Kauf desselben auch doppelte Verpflichtungen, in bezug auf die Sache (die Urkunde) und das in ihr verkörperte Recht. Hinsichtlich des Papieres als solchen gilt das eben für Sachen bezw. Waren Erörterte. Der Verkäufer eines Wertpapieres ist aber außerdem verpflichtet, das in der Urkunde verbriefte Recht zu verschaffen. Das gewöhnliche Vollzugsgeschäft beim Kauf von Rechten ist

die Abtretung: die Übertragung einer Forderung durch an sich formlosen Vertrag. Auf diesen Vertrag finden dieselben Grundsätze Anwendung, wie für die dinglichen Verträge über Sachen und Rechte an solchen gelten.[5]) Vor allem gründet sich auch hier die Verpflichtung des abtretenden Gläubigers zur Gewährleistung nicht auf die Übertragung, sondern auf das zugrunde liegende obligatorische Kaufverhältnis.[6]) Ist das Recht aber in einem Wertpapier verkörpert, so wird auch das Vollzugsgeschäft bestimmt durch das dem Wertpapier begriffseigentümliche Verhältnis von Recht und Papier. Das Papier ist notwendig zur Ausübung und Übertragung des in der Urkunde verbrieften Rechts. So ist bei Erfüllung der durch den Kauf eines Wertpapieres entstandenen Verpflichtungen wesentlich, daß nicht nur für die Übereignung der Urkunde selbst als Sache, sondern auch für die Verschaffung des in ihr verbrieften Rechts bei allen Wertpapieren stets die Übergabe des Papiers unbedingt erforderlich ist.[7]) Ja bei einer Art der Wertpapiere, bei den Inhaberpapieren (den Wertpapieren zugunsten eines unbenannten Berechtigten), ist das Verhältnis zwischen Recht und Urkunde ein so inniges, daß die Übertragung des Papiers durch Einigung und Übergabe auch zugleich das in ihr verkörperte Recht vollwirksam überträgt.[8]) Bei Rekta-

[5]) Planck Bd. 1 S. 185.

[6]) Über Zession Staudinger Bd. 2,1 S. 334 ff.

[7]) Brunner in Endemann, HGB. Bd. 2 S. 149.

[8]) vgl. später die Dispositionspapiere.

papieren (den Wertpapieren zugunsten eines benannten Berechtigten) und Orderpapieren (den Wertpapieren zugunsten eines benannten Berechtigten und dessen Order) ist neben der unbedingt erforderlichen Übergabe der Urkunde die Abtretung des verbrieften Rechts notwendig. Da diese Übertragungsform bei Orderpapieren unpraktisch ist, wird sie hier für die Regel ersetzt durch eine zweite mögliche Übertragungsform: das Indossament. Dieses ist eine im voraus angenommene, für gewöhnlich auf den Rücken der Urkunde geschriebene Anweisung. Auch auf diese Art des Vollzugsgeschäfts beim Kauf von Wertpapieren gelten dieselben Grundsätze wie bei der Abtretung von Rechten und wie bei der dinglichen Übereignung von Sachen.

Gemeinsam ist allen Fällen — dem Kauf von Sachen und Rechten, Waren und Wertpapieren —: Wird das Vollzugsgeschäft vorgenommen, so bewirkt es als abstraktes durch selbständige Kraft den Eigentumsübergang, m. a. W., der Käufer erwirbt durch das Vollzugsgeschäft Ware oder Wertpapier unabhängig davon, ob der verursachende Kauf überhaupt zustande gekommen oder nachträglich wieder vernichtet worden ist. Nur knüpft für den Fall der Nichtigkeit des Kaufes das Gesetz an die Tatsache, daß er kausal war für die bewirkte Leistung, einen neuen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.

Da das Gesetz somit das obligatorische Geschäft und das Vollzugsgeschäft ganz getrennt nach für jedes anderen

Grundsätzen beurteilt, ist die Unterscheidung rechtlich stets von Bedeutung. Im Leben freilich treten uns beide Geschäfte oft in einem Akt entgegen und fließen tatsächlich und zeitlich bis zur Unkennbarkeit ineinander.[9]) Am engsten ist wohl diese Verbindung beim Realkauf.

Mit Realkauf bezeichnet man die außerordentlich häufigen Kaufgeschäfte des täglichen Verkehrs, bei denen keinerlei Abrede zwischen den Parteien getroffen wird und scheinbar kein obligatorischer Vertrag vorhanden ist, sondern lediglich ein unmittelbarer Austausch der Güter stattfindet, wie z. B. bei Entnahme von Waren aus einem Automaten, von aufgestellten Speisen. Allein auch hier sind beide Geschäfte als vorhanden anzusehen. Die obligatorischen Verpflichtungen treten sofort hervor, sobald z. B. der Automat versagt oder das eingeworfene Geld falsch war.[10]) Unter Kaufleuten ist deshalb wie für jeden Handelskauf die Anwendbarkeit des § 377 auch für den Realkauf gegeben.

---

[9]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 2; Staub Bd. 2 S. 1448 Nr. 37; Planck Bd. 2 S. 270 f.

[10]) vgl. über Realkauf v. Staudinger Bd. 2 S. 428; Ennecerus-Lehmann Bd. 1 S. 586; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 2; Crome S. 400; Staub Bd. 2 S. 1448; and. A. Endemann, BGB. Bd. 2, 2 S. 1019; Dernburg Bd. 2, 2 S. 3 f. Anm. 6 und 7.

§ 4.

3. Das Vollzugsgeschäft im einzelnen. Die Begriffe Übergabe, Ablieferung, Abnahme und Annahme. Gefahrübergang und Eigentumsübergang.

Mit Rücksicht auf ihre hohe Bedeutung für die Untersuchung und Mängelanzeige, wie überhaupt für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf, soll bei Erörterung der ihr zugrunde liegenden Rechtslage noch auf die einzelnen Akte der Vollziehung des Handelskaufes, die dem Kaufvertrage folgen, eingegangen werden. Ist doch die Frage, wie weit der Kaufvertrag im jeweiligen Falle vollzogen, ob die Gefahr, ob das Eigentum übergegangen ist, von hoher Wichtigkeit.

Zur gegenseitigen Übereignung von Ware und Geld ist die Übergabe erforderlich und die Einigung der Parteien darüber, daß das Eigentum an Ware und Geld übergehen soll (§ 929 BGB.).

Übergabe ist der zweiseitige Akt der Besitzübertragung, der sich zunächst vollzieht durch körperliche Hingabe und Hinnahme zu tatsächlicher Herrschaft von Person zu Person des Verkäufers und des Käufers. Sie kann aber auch dadurch erfolgen, daß, sofern der Käufer bereits in der Lage ist, die tatsächliche Herrschaft auszuüben, zwischen ihm und dem Verkäufer der Besitzübergang vereinbart, oder daß dem Käufer der Anspruch auf Herausgabe der Ware gegen einen anderen abgetreten wird (§§ 854 Abs. 2, 870 BGB.). Diese Übergabeformen

haben besondere Bedeutung in Fällen, wo eine körperliche Übergabe nicht möglich ist, wenn z. B. ein Haus auf Abbruch, Früchte auf dem Halm, Holz auf dem Stamm zu übergeben sind. Sehr beliebt im Handelsverkehr ist auch die Übergabe durch kaufmännisches Dispositionspapier. Wird nämlich der von einem Frachtführer ausgestellte Ladeschein, der Lagerschein einer staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalt oder das Konnossement eines Seeschiffers an den dem Inhalt des Papiers nach Legitimierten übergeben, so hat diese Übergabe dieselben rechtlichen Folgen wie die Übergabe der im Papier bezeichneten Ware selbst (§§ 424, 450, 647 HGB.).

Mit der Übergabe geht in der Regel die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung vom Verkäufer auf den Käufer über (§ 446 BGB.), jedoch mit der Ausnahme, daß beim Versendungskauf schon mit Auslieferung der Kaufsache an die Transportperson und außerdem, falls der Käufer mit der Abnahme im Verzug ist, schon mit dem Verzug die Gefahr auf den Käufer übergeht (§§ 287, 447 BGB.). Der Zeitpunkt aber, in dem die Gefahr auf den Käufer übergeht, ist für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers maßgebend (§§ 459, 480 Abs. 2 BGB.).

Mit der Übergabe kann auch der dingliche Vertrag über die Eigentumsverschaffung (die Einigung) verbunden sein. Jedenfalls wird gewöhnlich der Verkäufer den Willen haben, sein Eigentum zu übertragen; er wird wollen, daß der Käufer ohne weitere Erklärung über die Ware als

Eigentümer verfügen soll. Zum Eigentumsübergang fehlt es aber noch an der Annahme der in der Regel in der Übergabe liegenden Eigentumsübertragungsofferte des Verkäufers seitens des Käufers. Übergabe und Eigentumsverschaffung können aber auch völlig getrennt vor sich gehen, z. B. wenn der Verkäufer eine Sache verkauft und übergibt, an der er selbst nun erst noch das Eigentum sich verschaffen muß.

Keineswegs mit der Übergabe identisch ist der Begriff der Ablieferung.[1]) Sie ist für uns außerordentlich wichtig, da sie den Käufer zwingen soll, seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Leistung rechtzeitig zu wahren, denn unverzüglich nach der Ablieferung hat er die Ware zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Überdies läuft von der Ablieferung an die Verjährungsfrist (§ 477 BGB.).

Ablieferung bedeutet den tatsächlichen Vorgang, durch den der Käufer in Erfüllung des Kaufvertrages in eine solche tatsächliche räumliche Beziehung zur Kaufsache gesetzt wird, daß er einseitig sich sofort ihren tatsächlichen Gewahrsam verschaffen, sie untersuchen und über sie verfügen kann.[2])

---

[1]) Zum Folgenden Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 19; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 157 Nr. 24; Makower Bd. 2 S. 1244 bis 1248; Stübel S. 416 ff.

[2]) ROHG. Bd. 3 S. 391, Bd. 6 S. 324; JurW. 1902 S. 425,

Allerdings sind Übergabe und Ablieferung nicht scharf getrennte Akte der Vollziehung des Kaufvertrags. Häufig werden sie sich völlig decken. Das ist bei jedem Kauf der Fall, wo die Kontrahenten einander persönlich gegenüberstehen und unmittelbar Ware und Geld austauschen.

Dem Begriff der Ablieferung genügt jedoch nicht die Verschaffung des bloß mittelbaren Besitzes.[3]) Bei Abtretung des Herausgabeanspruchs, bei Übergabe der Ware an den Frachtführer unter Übersendung des Ladescheines an den Käufer ist wohl übergeben, „abgeliefert" ist erst mit Ankunft des Gutes am Bestimmungsort. So bezieht sich die Ablieferung immer auf die Substanz der Ware selbst.[4]) Damit der Käufer sich aber an dieser sofort den tatsächlichen Gewahrsam verschaffen, die Ware untersuchen und über sie verfügen könne, ist auch für die Ablieferung notwendig, daß der Verkäufer an dem Gut den Besitz aufgibt.[5])

Die Übergabe ist ein zweiseitiger Akt. Anders verhält es sich mit der Ablieferung. Zu weitgehend freilich ist es, zu sagen, zur Ablieferung sei keinerlei Mitwirkung

---

1903 S. 244, 1908 S. 431 Nr. 2; RG. Bd. 5 S. 31; and. A. Makower a. a. O.

[3]) And. A. Lehmann-Ring S. 158; andrerseits vgl. Makower Bd. 2 S. 1245.

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 271.

[5]) Staub Bd. 2 S. 1605 f. Anm. 16 u. 20; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 157 Anm. 24; Makower Bd. 2 S. 1247; and. A. vor allem Dernburg, BGB. Bd. 2, 2 S. 189 IV.

des Käufers erforderlich, so daß selbst die Erklärung desselben, die Abnahme zu verweigern, für die Ablieferung unerheblich wäre (RG. Bd. 5 S. 28). Wohl braucht es keiner aktiven Mitwirkung des Käufers zu ihr, sie kann sogar ohne Wissen und Willen,[6]) aber nicht gegen den erklärten Willen desselben erfolgen. Wenn der Verkäufer die Ware ohne Mitwirkung des Käufers in einem Lagerraum desselben niederlegt und ihn davon benachrichtigt, so ist dies Ablieferung im Sinne des Gesetzes, wenn er dabei die Zustimmung des Käufers unterstellen konnte oder nachträglich erhielt.[7]) Dagegen würde eine Niederlegung der Ware, selbst wenn der Käufer in die Lage gesetzt wäre, sich sofort ihren tatsächlichen Gewahrsam zu verschaffen, sie zu untersuchen und über sie zu verfügen, dann keine Ablieferung sein, wenn sie gegen den erklärten Willen des Käufers vor sich geht. Demzufolge ist Ablieferung im Sinne des Gesetzes in der Regel nur bei Abnahme des Käufers möglich.[8])

Weder Übergabe noch Ablieferung sind als solche die Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer. Erfüllt hat dieser, wenn er seinerseits allen seinen Pflichten genügt hat. Dazu ist die Übergabe unbedingt erforderlich, während die Ablieferung noch ausstehen, ja überhaupt wegfallen kann. Letzteres ist der Fall, wenn das

---

[6]) Makower Bd. 2 S. 1248. Dagegen Staub Bd. 2 S. 1605.

[7]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 270.

[8]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 157. Über Abnahme s. unten.

Gut, über das ein Ladeschein dem Käufer übersendet ist, nach Auslieferung an den Frachtführer auf der Reise zufällig untergeht, da von Auslieferung an den Frachtführer an der Käufer die Gefahr trägt (§ 447 BGB.).

Auf keinen Fall liegt aber in der Ablieferung die Eigentumsverschaffung, denn zu dieser ist ein dinglicher Vertrag, die Einigung neben der Übergabe — der die Ablieferung ja gleichen kann — erforderlich. Die Ablieferung aber kann ohne jede aktive Mitwirkung des Käufers vor sich gehen. Somit fehlt es bei ihr an den für die Einigung erforderlichen gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen. Doch ist auch in der Ablieferung wie in der Übergabe die Eigentumsübertragungsofferte vorhanden.

Der Ablieferung entspricht auf seiten des Käufers die Abnahme. Sie ist die körperliche Hinwegnahme der Ware am Ablieferungsorte durch den Käufer, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Ware zu entlasten.[9])

Die Kaufmannswelt allerdings verbindet mit dem Worte „Abnahme" nicht bloß eine Befreiung des Verkäufers von dem Besitze der Ware, sondern ihr ist der Ausdruck ein Sammelname für die Erfüllungshandlungen

---

[9]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 50; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 99 zu § 373 Nr. 5; derf. in DJZ. 1902 S. 493; Planck Bd. 2 S. 334; Staub Bd. 2 S. 1457 Anm. 67.

des Käufers bis zur Zahlung des Kaufpreises überhaupt, also Abruf, Spezifikation, abnehmen und annehmen.[10])

Der Käufer ist zur Abnahme der Kaufsache verpflichtet (§ 433 Abs. 2 BGB.). Insofern ist er im Verhältnis zu ihr Gläubiger und Schuldner, als jener hat er sie zu fordern, als dieser hat er sie abzunehmen.[11]) Natürlich kann der Käufer die Abnahme verweigern, wenn ihm die Kaufsache nicht ordnungsmäßig angeboten wird. Man sagte namentlich früher, daß bei Lieferung mangelhafter Ware immerhin geliefert sei, daß daher, insbesondere beim Kauf einer bestimmten Sache, in solchem Falle der Käufer nur die Gewährleistungsansprüche (nach § 377 HGB. und §§ 459 ff. BGB.) habe (RG. Bd. 6 S. 189). Heute ist jedoch allgemein anerkannt, daß der Käufer überhaupt jede mangelhafte Ware zurückweisen und sowohl beim Gattungskauf wie beim Kauf einer bestimmten Sache

---

[10]) Förtsch in DJZ. 1905 S. 18; Lehmann-Ring in DJZ. 1902 S. 493.

[11]) Über die Streitfrage, ob die Abnahmepflicht eine essentiale oder naturale negotii ist, vgl. RG. Bd. 53 S. 161; Staub Bd. 2 S. 1457 Anm. 67, S. 1544 ff. Anm. 165 ff.; DJZ. 1904 S. 443; Dernburg Bd. 2, 2 S. 42, die mit Recht die Annahmepflicht für den Regelfall nur als naturale negotii bezeichnen. Sie verneinen infolgedessen im Falle des Verzugs mit der Abnahme die Anwendbarkeit des § 326 BGB., denn dieser setzte Verzug mit einer Hauptleistung voraus. Nach ihnen hat der Verkäufer hier vor allem nicht das Recht des Rücktritts vom Vertrag. Dagegen bezeichnet vor allem Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 52 Nr. 8 die Abnahmepflicht als selbständige Verpflichtung und bejaht die Anwendbarkeit von § 326 BGB.

solchenfalls die Rechte wegen Nichterfüllung geltend machen kann.[12]) — Schon weil der Käufer zur Abnahme verpflichtet ist, kann man in ihr nicht ohne weiteres eine Annahme als Erfüllung (§ 363 BGB.) erblicken, denn man kann vom Käufer nicht verlangen, daß er eine Ware annehme, ehe er sie auf ihre Empfangbarkeit geprüft hat. Dem Käufer bleibt nach der Abnahme sein Recht, die Ware zurückzuweisen. Die Abnahme ist nicht Billigung, nicht Verzicht auf die Mängelanzeige (§ 464 BGB.), sondern es beschränkt sich der Begriff der Abnahme rein auf das tatsächliche Ansichnehmen des Gutes von seiten des Käufers, und dieser bringt damit lediglich den Willen zum Ausdruck, der Abnahmepflicht zu genügen.[13]) Dies gilt auch beim Kauf gegen kaufmännische Dispositionspapiere. Bei diesem hat der Käufer die Verpflichtung, das Papier abzunehmen, um den Verkäufer vom Besitz der Ware und der Sorge um sie zu entlasten.

Somit ist in der Abnahme der Ware die Entgegennahme der Besitzübertragung, nicht aber die Annahme der in der Übergabe bezw. Ablieferung enthaltenen Eigentumsübertragungsofferte gelegen. Eigentum ist mangels einer darauf gerichteten Willenseinigung noch nicht übergegangen. Dies ist genau so nicht der Fall bei Entgegennahme

---

[12]) Düringer Bd. 3 S. 82, 124, 128; Staub (früher and. A.) Bd. 2 S. 1500, 1599; JurW. 1904 S. 1987; Makower Bd. 2 S. 1173.

[13]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 52; Lehmann in DJZ. 1902 S. 493; Staub Bd. 2 S. 1458.

eines über die Ware ausgestellten kaufmännischen Dispositionspapieres.[14])

Zum Eigentumserwerb gehören noch weitere Erklärungen oder Handlungen des Käufers, die darauf schließen lassen, daß die Ware in der Absicht, Eigentum. an ihr zu erwerben, in Besitz genommen worden ist Diese Erklärungen können auch stillschweigende sein und liegen in der Annahme und im Stillschweigen des Käufers.[15])

Annahme aber ist die Erklärung des Willens des Käufers, in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung Erfüllung zu erblicken.[16]) Sie kann geschehen ausdrücklich und stillschweigend; letzteres bei sogen. konkludenten Verhalten des Käufers: er verfügt über die Ware wie ein Eigentümer, indem er sie verarbeitet, weiterverkauft, oder er rührt sich nicht, und demzufolge gilt die Ware als genehmigt (§ 377 Abs. 2 HGB.). Mit der Annahme vollzieht sich der Eigentumsübergang, mit ihr tritt der von den Parteien erstrebte Enderfolg ein.

---

[14]) Makower Bd. 2 S. 1141; and. A. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 19; Staub Bd. 2 S. 1714.

[15]) JurW. 1904 S. 62 Nr. 21.

[16]) Schollmeyer S. 280.

§ 5.

B. Die Mängel, für die der Verkäufer nach den Sondervorschriften des Handelsrechts Gewähr zu leisten hat.

Zu den schon erörterten Verpflichtungen, die sich für den Verkäufer aus dem Kaufvertrag ergeben, tritt als dritte die Gewährleistungspflicht hinzu.[1]) Gewährleistung ist Haftung. Sie bedeutet einmal die mit Abschluß des Kaufvertrags sich ergebende Verpflichtung des Verkäufers, bei Übereignung der Sache bezw. bei Verschaffung des Rechts, was ihre Beschaffenheit anbetrifft, gesetz- und vertragsmäßig erfüllen zu müssen. Andrerseits aber liegt in ihr vor allem auch die Verpflichtung, daß der Verkäufer, nachdem der Kauf so weit vollzogen, daß die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen ist (RG. Bd. 53 S. 70 ff.), einzustehen hat, wenn hinsichtlich der Beschaffenheit von Sache oder Recht nicht ordnungsmäßig erfüllt worden ist. Insofern wirkt in der Gewährleistungspflicht das obligatorische Kaufgeschäft über den Zeitpunkt seines Vollzugs hinaus.

Die Gewährleistung ist eine Rechts- oder eine Sachgewährleistung, je nachdem sie sich auf ein Recht oder eine Sache bezieht. Dabei ist die Gewährleistung für eine Sache Rechtsgewährleistung, soweit der Verkäufer

---

[1]) vgl. zum Folgenden Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 111 ff.

für Verschaffung eines Rechts an ihr — z. B. für Verschaffung des Eigentumes an der Sache — zu sorgen hat.

Aus der in § 377 geforderten Untersuchung und dem dazu in unmittelbare Beziehung gesetzten Auffinden eines Mangels ergibt sich ohne weiteres, daß dieser Mangel in der Ware selbst liegen muß, und daß die Besonderheiten der Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf sich mithin lediglich auf die Sachgewährleistungspflicht beziehen können. Es scheidet damit die im bürgerlichen Recht geregelte Frage, inwieweit den Verkäufer eine Rechtsgewährleistungspflicht trifft, aus dem Kreise unserer Darstellung aus.

In der Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers beim Handelskauf liegt die Verpflichtung, daß er dafür einzustehen hat, daß Ware oder Wertpapier an sich zur Zeit des Übergangs der Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer keinen *Mangel* haben. Der Begriff des Mangels bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Er stellt sich dar als *Abhandensein von Eigenschaften*. Nach § 459 Abs. 1 BGB. ist ein Mangel ein Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch mindert oder aufhebt, m. a. W. das Abhandensein einer im Hinblick auf Wert, Tauglichkeit oder vorausgesetzten Gebrauch gewöhnlichen oder vertragsgemäß vorausgesetzten Eigenschaft. Ferner ist auch das Abhandensein einer zugesicherten Eigenschaft ein Mangel (§ 459 Abs. 2 BGB.).

Dabei fallen unter den Begriff der Eigenschaft nicht nur die natürlichen, der Sache an und für sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen (RG. Bd. 59 S. 243).[2]) Hiernach gehört zu den Eigenschaften unter anderen die Haltbarkeit einer Ware, die Leistungsfähigkeit einer Maschine, die Patentierung eines Artikels. Ebenso ist demzufolge die Zusicherung eines in der Vergangenheit erzielten Ertrags, eines gewissen Geschäftsumsatzes, einer bestimmten Kundschaft bei Verkauf eines Handelsgeschäftes wie die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft zu beurteilen.[3])

Zugesichert ist eine Eigenschaft dann, wenn der Käufer in erkennbarer Weise seinen Verkaufswillen vom Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig macht und der Käufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen gegeben hat.[4]) Also sind unbestimmte Erklärungen, allgemeine Versicherungen von Fehlerfreiheit wie auch Anpreisungen allgemeiner Art seitens des Verkäufers, keine Zusicherungen. Zusicherungen sind nur solche Erklärungen, die vom Käufer als zum

---

[2]) Staub Bd. 2 S. 1615 Anm. 39 zu § 377; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 126b.

[3]) Staub Bd. 2 S. 1617 Anm. 42; daselbst weitere Literatur.

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 129; Staub Bd. 2 S. 1615 Anm. 40.

Vertrag gehörend verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben sind.[5]) Vor allem ist es dem Kaufvertrag nach Probe eigentümlich, daß die Eigenschaften der Probe als für die Ware zugesichert zu gelten haben. „Hier bildet die Probe ebenso einen Teil der lex contractus, wie die in Worten ausgedrückte Beschreibung der Ware einen solchen bilden würde" (ROHG. Bd. 14 N. 93).

An die Zusicherung einer Eigenschaft sind vom Gesetz schwerere Folgen geknüpft. Vor allem kommt hier auch schon jeder Mangel in Betracht, der eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit zur Folge hat (§ 459 Abs. 2; s. auch §§ 463, 480 Abs. 2 BGB.).

Nach römischem Recht gab es den Mängelanspruch nur beim Stückkauf, beim Gattungskauf galt im Falle mangelhafter Leistung als überhaupt nicht erfüllt. Heute gelten die Rechtssätze über die Mängelansprüche nach bürgerlichem und nach Handelsgesetzbuch auch beim Gattungskauf. Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften beim Gattungshandelskauf gehört die Eigenschaft der Ware, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu sein (§ 360 HGB.). Handelsgut (Kaufmannsgut) muß geliefert werden, d. h. Waren, wie sie im redlichen Handelsverkehr üblich sind. Für Art und Güte sind besonders dabei die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche am Orte der Er-

[5]) Dernburg Bd. 2,2 S. 62 f.; Makower Bd. 2 S. 1249.

füllung entscheidend. Insbesondere können bei der Frage, ob eine Ware Handelsgut mitterer Art und Güte ist, außer der inneren Beschaffenheit auch Ausstattung und Verpackung eine Rolle spielen.[6])

Beim Spezieskauf gilt wie im bürgerlichen Recht, daß der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern (§ 242 BGB.).

Niemals kann von einem Mangel der Ware die Rede sein, wenn sie der Käufer nicht wegen Eigenschaften, die ihr fehlen, beanstandet, sondern wenn die Beanstandung wegen Ort und Art der Zusendung oder Abweichung vom Preis und der Zahlungsweise erfolgt oder auch, weil die Ware ihm nicht frei von Rechten Dritter übergeben ist. Hier hat er keinen Mängelanspruch, sondern kann den Verkäufer nur anderweit aus seinem Verschulden haftbar machen.

Einem Qualitätsmangel des § 377 setzt es im Gegensatz zum bürgerlichen Recht der § 378 HGB. gleich, „wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die

---

[6]) Zu Handelsgut vgl. Makower Bd. 2 S. 1057; Staub Bd. 2 S. 1280 Anm. 6.

Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte".

Sehr bestritten ist die Frage nach der Gewährleistung bei Wertpapieren, insbesondere ob der § 377 auch auf fehlende Eigenschaften des in einem verkauften Wertpapiere verkörperten Rechts bezogen werden kann. Letzteres ist zu verneinen. Es findet bei Wertpapieren gemäß ihrer Doppelnatur eine Rechts- und eine Sachgewährleistung statt. Die Sachgewährleistung erfolgt nur in dem geringen Umfang, als die Urkunde als Sache Mängel aufweist, nur insoweit ist auch § 377 zutreffend. Im übrigen sind hinsichtlich des verkauften, in der Urkunde verbrieften Rechts, wie auch hinsichtlich des Rechts an der Urkunde, die Regeln der Gewährschaft für veräußerte Rechte gegeben, somit aber die Vorschriften des § 377 nicht anwendbar. So ist es vor allem z. B. nicht als Sachmangel verkaufter Aktien anzusehen, wenn tatsächliche Verhältnisse des Aktienunternehmens, die den Wert der verkauften Aktien bedingen und bei ihrem Verkaufe ausdrücklich zugesichert wurden (wie z. B. das Vorhandensein reichlicher Tonlager oder ein jährlich zu fabrizierendes Quantum einer Aktiengesellschaft), nicht zutreffen. Das Abhandensein derartiger wertbildender Verhältnisse, d. h. solche Mängel des Unternehmens, beeinflussen freilich mittelbar durch das in der Aktie verbriefte Mitgliedsrecht auch den Wert des Wertpapieres, sie bilden aber außer als Sachmangel der Anlage des Unternehmens doch nur einen Mangel im Mit-

gliedsrecht und keinen der Urkunde als solcher anhaftenden Sachmangel.[7])

Der Verkäufer hat nun einen Mangel der verkauften Ware nicht immer zu vertreten. Er braucht nicht einzustehen, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt (§ 460 Satz 2 BGB.). War dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Verkäufer nur, falls er die Abwesenheit desselben zugesichert oder ihn arglistig verschwiegen hat (§ 460 Satz 2 BGB.).

Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft ist bereits erörtert. Auch der Begriff des arglistigen Verschweigens wird noch wiederholt zu erwähnen sein. Es gehört dazu nicht nur die Kenntnis des Mangels seitens des Verkäufers, sondern dieser muß vor allem beim Kaufabschluß auch wissen, daß der Käufer von dem Mangel nichts weiß, auf ihn aber im Falle der Kenntnis Gewicht legen würde.[8])

---

[7]) Über die äußerst bestrittene Frage der Gewährleistung bei Wertpapieren vgl. zu obiger Ansicht Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 37—42, 320; Düringer in DJZ. 1905 S. 374ff., 217f.; Oertmann S. 331 zu § 437 (s. daselbst auch Literatur); Dernburg Bd. 2,2 S. 57 Anm. 3; v. Staudinger Bd. 2,1 S. 453; RG. Bd. 59 S. 240ff.; and. A. Staub Bd. 2 S. 1688 Anm. 1—12; Neukamp in Holdheim Bd. 16 S. 1ff. (bejaht die Anwendbarkeit der Sachgewährleistungsgrundsätze für Inhaberpapiere); Hagens in DJZ. 1905 S. 665.

[8]) Makower Bd. 2 S. 1268 Abs. 3; Dernburg Bd. 2,2 S. 71, 92.

Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er die ihm aus der Mangelhaftigkeit zustehenden Rechte nur geltend machen, wenn er sie sich bei der Annahme vorbehält (§ 464 BGB.).

Zu den Einschränkungen der Gewährleistungspflicht des Verkäufers durch das bürgerliche Recht tritt beim beiderseitigen Handelskauf noch die des § 377 HGB. hinzu. Der Käufer verliert die ihm wegen eines Mangels zustehenden Rechte gegen den Verkäufer, wenn er seiner ihm obliegenden Untersuchungs- und Anzeigepflicht nicht ordnungsmäßig nachkommt (§ 377 Abs. 2). Nur wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, wird der Käufer vom Gesetz seiner Untersuchungs- und Anzeigepflicht entbunden (§ 377 Abs. 5). Selbst wenn er bei Versäumung der Anzeige von dem arglistigen Verhalten des Verkäufers nichts wußte, bewirkt jenes doch, daß er so gestellt ist, wie wenn er gesetzmäßig seiner Untersuchungs- und Anzeigepflicht nachgekommen sei. Es kommt m. a. W. in diesem Falle § 377 Abs. 1—4 überhaupt nicht zur Anwendung.

C. Die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers.

§ 6.

1. Allgemeines.[1])

Um das Endresultat der Vollziehung des Kaufvertrags möglichst schnell herbeizuführen und den Käufer nicht in Ungewißheit über die Erledigung des Kaufvertrags zu lassen, bestimmt also der § 377, daß der Käufer „die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen hat".

So stellt der § 377 nebeneinander die Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers. Es ergibt sich jedoch, daß diese Pflichten nicht gleichgeartet sind. Der Anzeigepflicht kommt eine viel höhere rechtliche Bedeutung zu; sie allein ist das juristisch Wesentliche. Die Untersuchung ist nicht rechtliche Voraussetzung der Anzeige, sondern dient ihr nur als Grundlage und ist allein insofern rechtlich erheblich. Denn an das Unterlassen der Anzeige und nicht an das Unterbleiben der Untersuchung ist die Rechtsfolge der unwiderlegbaren fingierten Genehmigung

---

[1]) Staub Bd. 2 S. 1601 § 377 Anm. 12; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 155 § 377 Nr. 20; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 274 § 377 Note III; Makower Bd. 2 S. 1270 unter VIII; Stübel S. 427 § 20.

der Ware geknüpft (§ 377 Abs. 2). Hat der Käufer nur die vorschriftsmäßige Mängelanzeige erstattet, so ist es gleichgültig, ob er sich dabei auf eine Untersuchung stützte; seine aus der Mangelhaftigkeit der Ware ihm zustehenden Rechte hat er sich durch die Anzeige erhalten. Es bedarf der Untersuchung also nicht, der Käufer kann die Kenntnis der Mängel sonst woher haben, von anderen Abnehmern des Verkäufers, die die gleiche Ware bezogen haben, er kann sie schon aus der der Ware vorausgesandten Faktura ersehen haben oder sie schließlich auch nur vermuten und auf gut Glück hin anzeigen, wenn die betreffenden Mängel nur tatsächlich vorhanden sind. So ist die Anzeige sogar vor der Untersuchungsmöglichkeit, der Ablieferung, möglich!

Wenn aber auch somit nur die Erstattung der Mängelanzeige eine direkte Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers beim beiderseitigen Handelskauf bildet, so wird diese Anzeige sich doch im Regelfall auf die Untersuchung gründen.

Wie sich das Gesetz begnügt hat, einen einfachen, allgemeingültigen Rechtssatz aufzustellen, so kann es auch nicht meine Aufgabe sein, Untersuchung und Mängelanzeige erschöpfend für den Einzelfall zu erörtern. Bei der Mannigfaltigkeit der Ware und den Wechselerscheinungen, unter denen uns der Kauf tagtäglich im Handelsverkehr neu entgegentritt, durch die aber auch, da es keine scharf abgegrenzte Gesetzesbestimmung gibt, Untersuchung und Mängelanzeige stets andere sein können, muß es mir genügen, die allgemeinen Regeln voran-

zustellen, die der Richter bei Beurteilung des Einzelfalls zu Hilfe nehmen muß, und dann bei der Einzelbetrachtung hauptsächlich die juristischen Begriffe hervorzuheben. Mit beider Erkenntnis wird es gelingen, den allgemeinen Rechtssatz seinem Sinn gemäß in jedem gegebenen Fall anzuwenden und den verschiedensten im voraus gar nicht zu übersehenden Umständen des praktischen Lebens anzupassen.

Zunächst ist für die Auslegung unserer Vorschrift maßgebend die ratio legis. Wie schon gesagt ist, sind Untersuchungs- und Anzeigepflicht dem Käufer auferlegt im Interesse des Verkäufers. Dieser soll möglichst bald Gewißheit erhalten, ob das Geschäft für ihn erledigt ist, oder ob der Käufer die Ware beanstande. Andernfalls, wäre für die Erstattung der Anzeige ein längerer Zeitraum gelassen, so könnte der Käufer auf Kosten des Verkäufers spekulieren. Er würde zunächst abwarten und die Ware trotz eines Mangels stets behalten, wenn sie im Preise steigen und bei der daraus folgenden Werterhöhung die durch den Mangel bedingte Wertminderung nur geringfügig erscheinen würde. Bei fallendem Preise der Ware aber würde er stets die Anzeige erstatten. Auch würde dem Verkäufer der ihm für den Streitfall obliegende Beweis der ordnungsmäßigen Lieferung durch den Zeitablauf erschwert werden. Schließlich soll dem Verkäufer durch die Vorschrift des § 377 die Gelegenheit gegeben

werden, für den Fall der Beanstandung möglichst bald anderweit über die Ware verfügen zu können.[2])

Das Interesse an baldiger Gewißheit wird im Einzelfalle bald größer und bald geringer sein, besonders groß z. B. bei Waren, die dem Verderb ausgesetzt sind, oder bei Waren und Wertpapieren, die starken Kursschwankungen unterliegen.

Für den Inhalt und die Auslegung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht (wie überhaupt auch des ganzen Vertrags) sind dann von außerordentlicher Wichtigkeit und deshalb in jedem Falle zu beachten die §§ 347 Abs. 1, 346 HGB.

Nach § 347 Abs. 1 schuldet der Käufer, wenn er seinen Verpflichtungen nachkommt, aus allen Handelsgeschäften nicht bloß die gemeinverkehrsübliche Sorgfalt (§ 276 BGB.), sondern die weitergehende „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns". Auch schleunige, gehörige Untersuchung und Mängelanzeige gehören zu der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

Gemäß der Vorschrift des § 346 ist unter Kaufleuten — in unseren Betrachtungen handelt es sich um einen beiderseitigen Handelskauf — auf die im Handelsverkehr am Erfüllungsorte des Käufers geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, die Usance, Rücksicht zu nehmen. Die Usance oder Verkehrssitte ist uns ein außerordentlich nützliches Hilfsmittel. Sie ist nicht Handelsgewohnheits-

---

[2]) Zu dem allen vgl. Stübel S. 406.

recht, denn sie gründet sich nicht wie dieses auf die opinio iuris, die Rechtsüberzeugung. Vielmehr ruht die Usance nur auf dem Herkommen als solchem und ist deshalb nicht Rechtssatz, sondern lediglich Auslegungsmittel. Diese Handelsbräuche sind vielfach aufgezeichnet und in scharf abgegrenzten Vorschriften niedergelegt.[3])

Diese drei Punkte: das jeweilige Interesse des Verkäufers an baldiger Gewißheit, die Frage, ob der Käufer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt hat, und die am Erfüllungsorte des Käufers geltende Usance, werden stets bei der Beurteilung der Frage, wie Untersuchung und Anzeige durch den Käufer im Einzelfalle gesetzmäßig vorgenommen sind, zu beobachten sein.

§ 7.

2. Die Untersuchung.

Ihrem wirtschaftlichen Zwecke nach ist die im § 377 vom Käufer geforderte Untersuchung die Prüfung der abgelieferten Ware, die dem Käufer die zuverlässige Kenntnis verschaffen soll, ob die Ware dem Vertrag entspricht oder nicht, damit er, falls sich ein Mangel zeigt, auf sie hin die Mängelanzeige erstatten kann.

Die Untersuchung ist nicht Pflicht des Käufers im

---

[3]) vgl. z. B. Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr, abgeschlossen am 1. 4. 1907, Berlin 1907.

juristisch-technischen Sinne, denn als einer solchen müßte ihr auf seiten des Verkäufers das Recht, die Untersuchung fordern zu können, entsprechen. Ein solches Recht steht dem Verkäufer nicht zu; er kann nicht etwa die Mängelanzeige zurückweisen, weil der Käufer die Ware gar nicht untersucht habe. Nur insofern ist die Untersuchung Pflicht des Käufers, als durch ihre Unterlassung nach § 377 Abs. 2 mittelbar alle die Mängel als genehmigt gelten, die der Käufer bei vorschriftsgemäßer Untersuchung hätte entdecken und auf sie hin hätte Anzeige machen können. Andererseits kann er bei nachweisbarer ordnungsmäßiger Untersuchung geltend machen, daß ein später sich zeigender Mangel zur Zeit der Vornahme der Untersuchung nicht wahrnehmbar war und deshalb noch nicht als genehmigt gelten könne.

Viel wichtiger ist, daß die Untersuchung, wie sie insofern eine Pflicht, so auch ein Recht des Käufers ist. Er ist berechtigt, seine Mängelanzeige zur Vermeidung der Präklusion seiner Ansprüche nach § 377 Abs. 2 auf eine Untersuchung zu stützen. So braucht er auf bloße Vermutung von Mängeln oder auf vorläufige unzuverlässige Untersuchung hin nicht die Anzeige zu machen, sondern ihm steht das Recht zu, die Ware so lange und in der Weise zu prüfen, daß er zu einem zuverlässigen Urteile über die Beschaffenheit der Ware gelangen kann.[1])

---

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 279f.; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 156 Nr. 22; Staub Bd. 2 S. 1602 Anm. 13.

Auch hier wird man, wie später für den Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges ebenfalls auszuführen ist, objektive Regeln zugrunde legen und dem Käufer das Recht der Untersuchung in der Art gewähren müssen, daß es ihm selbst dann zusteht, wenn er positiv schon zuverlässige Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware hat; er wird dann trotzdem sich so viel Zeit lassen können, als eine ordnungsmäßige Untersuchung in Anspruch nehmen würde. Das Gesetz bestimmt nur den Endtermin der rechtlich wirksamen Mängelanzeige.[2])

Die Untersuchung soll erfolgen „unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist". Damit bestimmt das Gesetz die Zeit und mittelbar durch die Ablieferung auch den Ort der Untersuchung.

Für die Zeit ist maßgebend der Zeitpunkt der Ablieferung.[3]) Der Käufer ist berechtigt, mit der Untersuchung bis zu diesem Moment zu warten, wenn ihm auch der Verkäufer irgendwie vorher schon die Untersuchung ermöglichen sollte. Weist der Käufer die Ware von vornherein zurück und macht damit die Ablieferung durch den Verkäufer unmöglich, so besteht keine Untersuchungspflicht. Der Zeitpunkt der Ablieferung ist auch

---

[2]) Stübel S. 442 § 33; and. A. Staub Bd. 2 S. 1602 Anm. 13 fordert für diesen Fall sofortige Anzeige.

[3]) Über die Zeit der Untersuchung vgl. Lehmann-Ring Bd. 2 S. 159 Nr. 34; Makower Bd. 2 S. 1257; Staub Bd. 2 S. 1604 Anm. 16 zu § 377; Stübel S. 431 § 24.

maßgebend, wenn früher oder später, als vereinbart worden ist, abgeliefert wird. Geht die Ablieferung jedoch dem Vertragsschluß voraus (z. B. bei Zusendung unbestellter Ware), so entsteht die Untersuchungspflicht erst mit Zustandekommen des Vertrags.

Das Wort „unverzüglich" besagt, daß die Untersuchung ohne schuldhaftes Zögern zu beginnen und zu Ende zu führen ist (§ 121 BGB.).

Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich nach objektiven Regeln. Nicht die Art und Weise des jeweiligen Käufers in der Geschäftsführung ist zugrunde zu legen, sondern die bei allen ordentlichen Kaufleuten des betreffenden Handelsgewerbes ausgeprägte Übung entscheidet. Es bedeutet „ordnungsmäßiger Geschäftsgang" den regelmäßigen Lauf der Geschäfte, wie ihn die Geschäftsführung eines solchen Kaufmanns, der seinen geschäftlichen Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nachkommt, nach den im Handel geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen am Erfüllungsorte des Käufers mit sich bringt. Für die Beurteilung sind allerdings die Umstände des einzelnen Falles, wie die Art des Geschäfts, die Natur der Ware, und persönliche Verhältnisse nicht ohne allen Einfluß.[4])

Aus dem Gesagten folgt, daß der Käufer wegen der Untersuchung nicht jede andere, selbst dringende Geschäfts-

---

[4]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 155; Staub Bd. 2 S. 1603 Anm. 16.

tätigkeit einzustellen braucht. Er darf nur keine Zeit verstreichen lassen, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang als unbegründeter Verzug erscheint, d. h. er muß so früh untersuchen, als es ihm bei Berücksichtigung seiner sonstigen geschäftlichen Obliegenheiten möglich ist.

Der Ort der Untersuchung ist in der Regel der Ablieferungsort, der Ort, wo dem Käufer die Möglichkeit gewährt wird, sich sofort der Sache zu bemächtigen, sie zu untersuchen und über sie zu verfügen.[5]) Er fällt nicht zusammen mit dem Erfüllungsort, denn der Verkäufer hat in der Regel an seinem Wohnorte bezw. am Orte seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen (§ 269 BGB.). Damit ein anderer als der Ablieferungsort gerechtfertigt erscheint, bedarf es immer noch besonderer Umstände. So ist ein anderer Ort zulässig, wenn chemische Untersuchung oder Untersuchung durch Verarbeitung in der Fabrik erforderlich und am Orte der Ablieferung nicht möglich sind.

Für Art und Umfang der Untersuchung sind ebenfalls die Worte „soweit nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist" maßgebend.[6]) „Damit ist ausgedrückt, daß eine ins einzelne gehende, skrupulöse Unter-

---

[5]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 275aa; Makower Bd. 2 S. 1263c; Staub S. 1606f. Anm. 20 zu § 377.

[6]) vgl. (auch zum Folgenden) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 278d; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 159f. Nr. 37 zu § 377; Makower Bd. 2 S. 1259ff.; Staub Bd. 2 S. 1603 Anm. 15; Stübel S. 429ff. §§ 23f.

suchung ausgeschlossen ist. Solche würde für den Käufer eine große Härte involvieren, da sie ihm Zeit rauben, Kosten verursachen, möglicherweise die Ware entwerten und deren Absetzbarkeit beeinträchtigen würde" (v. Hahn zu Art. 347 § 11).[7] Die Untersuchung hat in der Regel nur so zu geschehen, daß der zu untersuchende Gegenstand nicht in seinem Wert verringert oder ganz oder teilweise vernichtet wird. Ungeschmälert bleibt aber dem Käufer das Recht, die Ware in der Weise zu untersuchen, daß ihm die zuverlässige Kenntnis von der Beschaffenheit der Ware verschafft werde. Ist dies anderweit nicht möglich, so kann es geschehen durch Gebrauch und Verbrauch, durch Bearbeitung und Verarbeitung der Ware und durch Beseitigung der Verpackung. Andererseits hat aber der Verkäufer das Recht, zu verlangen, daß nicht eingehender, als zur Gewinnung eines zuverlässigen Ergebnisses notwendig ist, untersucht werde. In der Überschreitung dieser Grenze würde eine unberechtigte Verfügung des Käufers über die Ware liegen, die ihn jedenfalls mindestens an der Rückgabe (der Wandelung) hindern würde. So sind immer, wenn große gleichartige Mengen geliefert sind, Stichproben, d. h. die Prüfung einer den Verhältnissen angemessenen Anzahl einzelner Stücke oder Teile der Ware auf ihre Gesetz- und Vertragsmäßigkeit,

---

[7] Lehmann-Ring Bd. 2 S. 159 f., Bd. 3 Nr. 34; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 278 d.

als genügend anzusehen.[8]) Wo diese Untersuchungsform möglich ist, ohne daß eine Entwertung oder Unverkäuflichkeit der Ware in erheblichem Umfang eintritt, darf nur sie verwendet werden (RG. Bd. 57 S. 10, Bd. 59 S. 124). Werden später dann noch Mängel entdeckt, so kann der Käufer sie nachträglich mit voller Wirkung geltend machen.[9]) Andererseits kann der Verkäufer, wenn die Stichproben Mängel zeigen, nachweisen, daß die übrige Ware mangelfrei ist.

Eine Untersuchung durch Sachverständigen hat zu erfolgen, wenn nur ein solcher mit technischen Kenntnissen imstande ist, zu einem zuverlässigen Ergebnis zu kommen, der Käufer aber nicht selbst sachverständig ist, und wenn im betreffenden Handelszweige die Prüfung durch Sachverständige üblich ist.[10])

Beim Kauf nach Probe wird die Prüfung durch den Vergleich mit der Probe vorgenommen. Ergibt sich die Beschaffenheit von Ware und Probe als die gleiche, so ist die Vertragsmäßigkeit erwiesen (ROHG. Bd. 14 Nr. 93).

Ist eine Ausfallsprobe übersandt, so entbindet deren Untersuchung im Zweifel nicht von nochmaliger Untersuchung der Ware selbst. Man bezeichnet mit Ausfallsprobe oder mit Ausfallsmuster einen Teil einer schon

---

[8]) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 160.

[9]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 278.

[10]) Makower Bd. 2 S. 1262—1266; Staub Bd. 2 S. 1602; RG. Bd. 59 S. 45, Bolze Bd. 7 Nr. 585.

vorhandenen oder einen bereits fertiggestellten Teil einer künftig auf gleiche Weise herzustellenden Ware. Dieser Teil wird vorweg abgeliefert, damit der Käufer aus der Prüfung desselben gleichsam wie aus Stichproben auf die ganze übrige Ware schließen und der Verkäufer etwaige Beanstandungen vor Ablieferung der ganzen Ware berücksichtigen kann. Der Käufer hat, wenn es ihm nicht vertragsmäßig erlassen ist, später aber auch die ganze abgelieferte Ware noch daraufhin zu prüfen, ob sie der Ausfallsprobe entspricht.

§ 8.

3. Die Mängelanzeige.

Die Untersuchung ist, wie schon gesagt, nicht erforderlich zur Erhaltung der Rechte, die dem Käufer wegen Lieferung mangelhafter Ware zustehen. Die Mängelanzeige dagegen ist Voraussetzung für seine Ansprüche; ihr Unterlassen wirkt unwiderlegbar als Genehmigung der fehlerhaften Ware. Dies gilt derart, daß ein Käufer beim beiderseitigen Handelskauf, der seine Rechte aus vorhandener Mangelhaftigkeit der gelieferten Ware geltend machen will, als Kläger zur Begründung der Klage anführen uud beweisen muß, daß die Mängelanzeige ordnungsmäßig erstattet ist, und daß er als Beklagter, auf Zahlung des Kaufpreises verklagt, mit seiner Verteidigung, soweit sie beruht auf dem Vorbringen, die Ware sei nicht vertrags- oder gesetzmäßig, gar nicht zu hören ist, wenn

er nicht zugleich die ordnungsmäßige Anzeige behauptet und beweist.[1])

Die juristische Natur der Mängelanzeige ist viel umstritten. Die einen sagen, sie sei ihrem Wesen nach nichts als eine Handlung mit rechtlicher Wirkung, die keinesfalls zu dem Zwecke vorgenommen werden müsse, diese juristischen Wirkungen zu erzeugen.[2]) Sie sei, wie das Wort sage, einfach die Anzeige, daß die Ware einen Mangel habe. Durch eine solche rechtzeitige Anzeige trete die Wirkung ein, daß die Ware als nicht genehmigt zu gelten habe.

Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht, indem es Bd. 54 S. 68 sagt: „Der Käufer muß das Vorhandensein von Mängeln behaupten, er braucht aber weder auszusprechen noch sonst zu erkennen zu geben, daß er die Ware wegen der Mängel nicht genehmige".

Nach dieser Ansicht fiele jede Beschwerde über Mangelhaftigkeit der Ware unter den juristischen Begriff der Mängelanzeige.

Eine solche Mängelanzeige entspräche wohl kaum völlig ihrem gesetzgeberischen Zweck, dem Interesse des Verkäufers, möglichst bald Gewißheit zu erhalten, ob der Kauf für ihn erledigt sei oder nicht. Jeder ordentliche Kaufmann wird auf die Beschwerde seines Abnehmers, die gelieferte Ware sei mit einem Mangel behaftet, antworten,

---

[1]) Römer in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 23 S. 64 unter 3.

[2]) Stübel S. 435; Makower Bd. 2 S. 1271 d.

sei es nun, daß er sich entschuldigt, oder daß er erklärt, woher die Fehler in der Ware kommen, oft vielleicht auch, indem er verspricht, es solle bei späteren Lieferungen Sorge getragen werden, daß das nicht wieder vorkomme usw. Damit aber hält er mit Recht vielleicht oft den ganzen Handelskauf für erledigt. Er wird kaum daran denken, sich selbst zur Wandelung oder beim Gattungskaufe zur Lieferung einer mangelfreien Sache zu erbieten und den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er Wandelung oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlange (§§ 466, 480 BGB.). Nur so könnte er seinem Schicksal entgehen. Durch jene Mängelanzeige nämlich hat sich nach obiger Ansicht der Käufer die ihm aus der Mangelhaftigkeit der Ware zustehenden Rechte für sechs Monate von der Ablieferung der Ware an gesichert (§ 477 BGB.). Er kann nun ruhig diese Zeit abwarten, sein Schweigen gilt nicht als Genehmigung der Ware. Noch nach Monaten kann er also dem Verkäufer gegenüber, der in dem schönen Wahne lebt, der Handelskauf sei für ihn erledigt, plötzlich die Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Ware geltend machen. Es könnte der Käufer bei solcher Sachlage immerhin diese sechs Monate von der Ablieferung ab auf Kosten des Verkäufers spekulieren, letzterem würde der Beweis der ordnungsmäßigen Lieferung durch den Zeitablauf erschwert, auch wäre ihm die Möglichkeit genommen, möglichst bald anderweit über die mangelhafte Ware zu verfügen. Hierbei braucht der Käufer durchaus

nicht dolos zu handeln. Es wäre in solchem Falle der gesetzgeberische Zweck des § 377 erst mit dem Ablauf der sechs Monate von der Ablieferung der Ware an erreicht.

Deshalb muß jede Mängelanzeige unbedingt den Willen des Käufers erkennen lassen, daß er die ihm wegen des Mangels der Ware zustehenden Rechte sich vorbehalten bezw. geltend machen wolle. Die Mängelanzeige muß hiernach stets auf rechtliche Wirkung gerichtet sein, und ihre Wirkung tritt nur ein, weil sie gewollt ist; sie ist nicht nur eine Rechtshandlung, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung.[3])

Folglich sind auf die Mängelanzeige vor allem die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (allgemeiner Teil) über Rechtsgeschäfte und über Willenserklärungen anwendbar.

Wie in der Regel alle Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts formlos sind, so bedarf auch die Mängelanzeige keiner bestimmten Form. Es genügt also grundsätzlich zu ihrer Erstattung der gewöhnliche Postbrief, Postkarte, Übermittlung durch Boten, durch Telephon. Nur wenn z. B. eine briefliche Mängelanzeige ihren Zweck nicht erreichen, sondern dem Gegner so spät zugehen würde, daß bis dahin eine schwere Vermögensschädigung

---

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 164, 284; Karl Lehmann S. 713; Staub Bd. 2 S. 1609 Anm. 24 zu § 377; Dernburg Bd. 2, 2 S. 72 Anm. 10; derf. im Recht 1903 S. 138.

desselben eintreten könnte, z. B. bei starken gegenwärtigen Kursschwankungen und schnellem Verderb unterliegenden Waren, folgt es aus den erörterten allgemeinen Grundsätzen, daß die Anzeige telegraphisch erfolgen muß.

Der Zeit nach hat die Mängelanzeige zu erfolgen unverzüglich, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist.[4]) Es darf keine Zeit verstreichen, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang als schuldhafter Verzug erscheint. Der Ausgangspunkt für die Frist, innerhalb deren die Anzeigepflicht zu erfolgen hat, ist der Zeitpunkte der vollendeten Ablieferung (nicht etwa der Ablauf der Untersuchung). Von diesem Zeitpunkt aus bestimmt § 377 lediglich den Endtermin, bis zu dem die Anzeige geschehen muß. Es ist dem Käufer von der Ablieferung an so viel Frist gegeben, als eine zweckentsprechende ordnungsmäßige Untersuchung erfordert oder erfordern würde. Innerhalb dieses Zeitraumes ist es auch möglich, daß eine erstattete nicht ordnungsmäßige Mängelanzeige durch eine dem Gesetz entsprechende nachgeholt wird, oder daß ausnahmsweise eine von einer nicht bevollmächtigten Person namens des Käufers erstattete unwirksame Mängelanzeige von diesem genehmigt werden könnte (§§ 180, 177 BGB.). In ähnlicher Weise besteht für den Fall, daß eine nicht gesetzmäßige Anzeige an einem Sonntag oder Feiertag erstattet worden ist, die Möglichkeit, sie am

---

[4]) vgl. zum Folgenden Makower Bd. 2 S. 1265e; Stübel S. 440; Staub Bd. 2 S. 1610 Anm. 29.

folgenden Werktag ordnungsmäßig nachzuholen (§ 193 BGB.).

Zeigt sich später ein Mangel der Ware, der dem Käufer trotz ordnungsmäßiger Untersuchung nicht erkennbar war, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden.

Erstatten kann die Mängelanzeige rechtswirksam zunächst der Käufer, und zwar auch der minderjährige Käufer selbst ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, da er durch sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 BGB.).[6]) Die Mängelanzeige ist jedoch keine in Person zu bewirkende Leistung (§ 267 BGB.). Es kann sie deshalb für den Käufer abgeben jeder, der nach bürgerlichem Recht kraft Vollmacht dazu berechtigt ist, vor allem aber die Personen des Handels, in deren gesetzlicher Vollmacht die Berechtigung dazu enthalten ist. So hat das Recht der Erstattung der Mängelanzeige zweifellos der Prokurist, der ja kraft der Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt ist, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB.). Ihre Erstattung steht ebenso zu dem Handlungsbevollmächtigten, dessen gesetzliche Vollmacht sich erstreckt auf Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes mit sich bringt

---

[6]) vgl. zu der Frage, wer die Mängelanzeige erstatten kann, Stübel S. 438 § 30.

(§ 54 Abs. 1 HGB.). Ferner kann die Mängelanzeige erstatten der Handlungsreisende, d. i. der Handlungsbevollmächtigte, der zur Vornahme von Geschäften an Orten verwendet wird, an denen sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers nicht befindet (§§ 55, 54 HGB.). Dagegen ist zu ihrer Erstattung nicht jeder Handlungsagent ermächtigt. Handlungsagent ist derjenige, der, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln (Vermittlungsagent) oder im Namen des anderen abzuschließen (Abschlußagent) (§ 84 HGB.). Der Vermittlungsagent ist nicht Stellvertreter; seine Mängelanzeige ist deshalb unwirksam und kann höchstens in dem seltenen Ausnahmefall der §§ 180, 177 BGB. konvaleszieren. Anders der Abschlußagent; er ist Agent mit Handlungsvollmacht und gilt deshalb ermächtigt zu allen Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes mit sich bringt, mithin auch zur Erstattung der Mängelanzeige.

Nicht ist zu ihr ermächtigt der Handelsmäkler. Seine Tätigkeit ist mit Vermittlung des Abschlusses des Handelskaufes beendet (§ 93 HGB.). Auch kann die Mängelanzeige keinesfalls ein Rechtsanwalt kraft seiner Prozeßvollmacht erstatten (§ 81 ZPO.), wie zu ihrer rechtswirksamen Abgabe nicht ermächtigt sind Frachtführer, Monteure, überhaupt Personen, die nur technische Verrichtungen auszuführen haben.

Bei der viel erheblicheren Frage, *an wen* die Mängel-

anzeige vollwirksam erstattet werden kann,[7]) ergibt sich aus dem eben Gesagten ohne weiteres: an den Käufer, an den nach bürgerlichem Recht Vertretungsberechtigten, an den Prokuristen, an den Handlungsbevollmächtigten, an den Abschlußagenten; nicht kann sie wirksam gerichtet werden an den Handelsmäkler, den Prozeßbevollmächtigten, Frachtführer, Monteur und ähnliche Personen. Was den Handlungsreisenden anbetrifft, so können die Mängelanzeige und andere Erklärungen solcher Art im Interesse der Beschleunigung nur dem ortsanwesenden Reisenden gegenüber abgegeben werden. Ausdrücklich aber ist im Gesetz bestimmt, daß jedem Handlungsagenten gegenüber vollwirksam die Anzeige erstattet werden kann, sei er ein gänzlich vollmachtloser Vermittlungs- oder ein Abschlußagent, ein reisender oder ortsanwesender Agent (§ 86 Abs. 2 ohne Rücksicht auf §§ 87, 55 Abs. 3 HGB.).

Wie oben ausgeführt worden ist, gehört es zum Begriffe der Mängelanzeige, daß sie dem Inhalt nach den Willen des Käufers zu erkennen gibt, daß er wegen des der gelieferten Ware anhaftenden Mangels sich seine Rechte vorbehalten bezw. geltend machen wolle. Die Mängelanzeige muß auch den Mangel selbst dem Verkäufer kundgeben, damit der Verkäufer Art und Umfang der Mängel erkenne.[8]) Es genügt hierfür nicht eine allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit mit der Ware

---

[7]) Stübel S. 439.

[8]) Staub Bd. 2 S. 1607 Anm. 23.

oder eine allgemeine Berufung auf Mangelhaftigkeit der Lieferung, sondern die Mängelanzeige muß den Grund der Beanstandung der Ware enthalten und dadurch den Verkäufer ersehen lassen, um welche Mängel es sich handelt. Eine ganz allgemein gehaltene Mängelanzeige kann genügen, wenn aus vorangegangenen Verhandlungen deutlich ersichtlich ist, welche Mängel gemeint sind.

Aus der Anzeige müssen alle bei ordnungsmäßiger Untersuchung entdeckten Mängel einzeln erkenntlich sein, es sei denn, daß schon durch Anzeige des einen der andere Mangel mit gerügt wird. Ein Mangel, der nicht mit rechtzeitig angezeigt worden ist, kann nachträglich nicht geltend gemacht werden.

Andrerseits verlangt das Gesetz, wie es vom Käufer keine allzu peinliche und unverhältnismäßig zeitraubende Untersuchung verlangt, auch bei der Anzeige keine in die Einzelheiten gehende, genaue und skrupulöse Bezeichnung der Mängel. Es genügt, daß der Verkäufer durch die Anzeige ausreichend darüber ins klare gesetzt wird, aus welchem Grunde der Käufer die Ware bemängelt.

Schon die rechtzeitige Absendung der Anzeige genügt zur Erhaltung der Rechte des Verkäufers. Die Anzeige ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sofern der Käufer sie nur in handelsüblicher Weise gehörig (richtig frankiert und adressiert)

abgesendet hat, trägt der Verkäufer die Gefahr der Ankunft und der rechtzeitigen Ankunft der Mängelanzeige.[9])

§ 9.

Schluß.

Nicht braucht der Käufer in der Mängelanzeige sich darüber zu äußern, welche Rechte er aus der Mangelhaftigkeit der Ware für sich herleite. Seine Rechte sichert er sich durch die gesetzmäßige Anzeige. Es entspricht nicht dem Rechtszustand, wenn, wie es im Handelsverkehr gebräuchlich ist, der Käufer statt bei Erstattung der Mängelanzeige zu schreiben: „Ich behalte mir wegen dieses Mangels meine Rechte vor" oder „Ich werde wegen dieses Mangels meine Rechte gegen Sie geltend machen" oder „Ich mache Sie für diesen Fehler verantwortlich" u. a. m. sich des Ausdrucks bedient: „Ich stelle Ihnen die Ware zur Verfügung, zur Disposition". Es kann sein, daß der Käufer, der das Eigentum an der Ware noch nicht erlangt hat, mit diesen Worten die Eigentumsübertragung ablehnt. Hat er schon Eigentum erlangt, so bedeutet der Ausdruck dem Worte nach zunächst, daß er das Recht der Wandelung geltend machen wollte. In den meisten Fällen aber wohl werden die Worte nur eine unkorrekte Ausdrucksweise für die Mängelanzeige sein, daß der Käufer in der gelieferten Ware keine Vertragserfüllung

[9]) Staub Bd. 2 S. 1610 Anm. 26.

erblickt, und daß er deshalb seine Rechte geltend machen will.[1])

Hat der Käufer ordnungsmäßig die Mängelanzeige erstattet — und zwar genügt, wie gesagt, die gehörige Absendung —, so kann er nach seinem Belieben eines der ihm nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zustehenden Rechte geltend machen. Er ist dabei keinesfalls verpflichtet, die Ware aufzubewahren oder zur Verfügung des Verkäufers zu halten, sondern er kann über sie verfügen wie er will. Tut er dies, so liegt darin an sich kein Verzicht auf die ihm zustehenden Rechte (RG. Bd. 54 S. 68). Natürlich liegt es im Interesse des Käufers, daß er sich den Beweis der Fehlerhaftigkeit vorher einwandfrei sichert.

Nach § 462 BGB. hat der Käufer wegen eines Mangels zunächst ein Recht auf Wandelung oder Minderung. In dem Recht auf Wandelung steht dem Käufer das Recht auf Rückgängigmachung des Kaufes zu, er kann Rückgewährung verlangen, wie wenn vertragsmäßiges Rücktrittsrecht ausgemacht sei (§ 467 BGB.). Das Recht, Minderung zu verlangen, dagegen berechtigt ihn, den Preis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in dem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde (§ 472 BGB.). Zwischen diesen beiden Rechten

---

[1]) vgl. Makower Bd. 2 S. 998; Lehmann in DJZ. 1902 S. 494; Staub Bd. 2 S. 1641 Anm. 108.

kann der Käufer so lange seinen Entschluß wechseln, bis sich der Verkäufer mit dem einen oder dem anderen „einverstanden erklärt hat“ (§ 465 BGB.). Durch diesen Wortlaut des Gesetzes, der offenbar nur dazu dienen sollte, den Käufer an fernerem Entschlußwechsel, ob er Wandelung oder Minderung verlange, zu hindern, ist die Streitfrage entstanden, ob die Wandelung oder Minderung ein Vertrag sei.[2])

Beim Gattungskauf kann der Käufer wegen eines Mangels statt der Wandelung oder der Minderung Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 480 Abs. 1 BGB.). Ist aber beim Gattungskauf zur Zeit, zu der die Gefahr auf den Käufer übergeht, oder beim Spezieskauf zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden oder hat der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der genannten Rechte auch einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen (§§ 480 Abs. 2, 463). Ein Recht auf Ausbesserung der mangelhaften Sache dagegen steht dem Käufer gesetzlich nicht zu.

Gewißheit, woran er diesen verschiedenen Rechten des Käufers gegenüber ist, kann sich der Verkäufer leicht verschaffen. Er kann, falls der Käufer einen Mangel ihm gegenüber behauptet, sich zur Wandelung — beim Gattungs-

---

[2]) vgl. Dernburg Bd. 2,2 S. 173ff.; Matthiaß in DJZ. Bd. 7 S. 206; JurW. 1905 S. 18; RG. Bd. 58 S. 425.

kauf zur Lieferung einer mangelfreien Sache — erbieten und den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung bezw. Lieferung einer mangelfreien Sache verlange. Nach Ablauf der Frist kann der Käufer diese Rechte nicht mehr geltend machen (§§ 466, 480 Abs. 1 BGB.). Auch braucht der Käufer nur auf Zahlung des Kaufpreises oder auf Abnahme zu klagen; so zwingt er den Käufer prozessualisch, sich zu erklären, welches der ihm zustehenden Rechte er wählt.[3])

Die Ansprüche wegen eines Mangels der Ware oder des Wertpapiers verjähren, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten von der Ablieferung (§ 477 BGB.). Hat der Käufer aber innerhalb dieser Frist den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, so kann er auch noch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde (§ 478 BGB. Abs. 1; vgl. auch Abs. 2).

Nicht steht dem Käufer, wenn sich ein Fehler nach § 459 BGB. zugleich als Mangel einer Eigenschaft darstellt, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird (§ 119 Abs. 2 BGB.), neben den Gewährleistungsansprüchen eine Anfechtung wegen Irrtums zu; „denn das Gesetz hat die für die Gewährleistungsansprüche gegebenen besonderen

---

[3]) Staub Bd. 2 S. 1608.

Vorschriften, so wie geschehen, ausgestattet, um dem Verkehr die notwendige Sicherheit zu geben und um gerade Kaufgeschäfte, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine Hauptrolle spielen, einer glatten Abwicklung in verhältnismäßig kurzen Fristen entgegenzuführen (§§ 460, 477, 482 BGB.). Würde § 119 Abs. 2 zugelassen, so würden damit alle Bestimmungen illusorisch gemacht, die das Bürgerliche Gesetzbuch mit gutem Bedacht getroffen hat, um die Verkehrssicherheit zu schützen“ [4]) (RG. Bd. 61 S. 174 ff.).

---

[4]) vgl. ferner Belzinger im Recht 1903 S. 276; Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 6 ff.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.